

Insaisissabilité et inaliénabilité / Séverine Cabrillac. — Extrait
de : Revue juridique de l'USEK. — N° 10 (2009), pp. 111-134.

Notes au bas des pages.

I. Insaisissabilité. II. Biens de famille (Droit). III. Propriété
foncière — Droit.

PER L1311 / FD258258P

INSAISSABILITÉ ET INALIÉNABILITÉ

PAR

Séverine CABRILLAC

Professeur à la faculté de Droit de l'Université de Montpellier I

1. - « Qui paye sa dette s'enrichit ». Ce dicton que nous avons tous entendu dans la bouche de nos grands-parents semble aujourd'hui un tantinet obsolète.

En caricaturant un peu, on croirait même entendre le contraire professé par notre législateur estival : « Qui a l'esprit d'enrichissement, ne payera pas sa dette »... du moins sur son patrimoine immobilier.

Telle est bien l'opportunité offerte par les lois du 1^{er} août 2003 et du 4 août 2008 à l'entrepreneur individuel. Le premier de ces textes, dédié à promouvoir « l'initiative économique », a institué la possibilité pour l'entrepreneur individuel de déclarer par acte notarié sa résidence principale insaisissable, insérant cette atteinte au droit de gage général des créanciers aux articles L. 526-1 et suivants du code de commerce. Sourd aux critiques juridiques adressées à cette innovation et indifférent aux difficultés du secteur bancaire acculé à plus de prudence dans l'octroi de ses prêts, le second texte – la loi de modernisation de l'économie – a étendu cette prérogative à l'ensemble des immeubles non professionnels de l'entrepreneur.

2. – Ainsi, le pan immobilier du patrimoine de l'entrepreneur individuel peut échapper à ses créanciers professionnels.

Toutefois, si cette faculté, en raison de sa nouveauté, a suscité de nombreux commentaires¹ et plus encore d'interrogations, elle ne peut pas se pré-

1) Voir à propos de l'introduction de ce dispositif par la loi du 1^{er} août 2003 : MALECKI, « La loi pour l'initiative économique et l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel », D. 2003, p. 2220 ; VAUVILLÉ, *La déclaration d'insaisissabilité*, Defrénois, 2003, p. 1197 ; LAUGIER, « Initiative économique et déclaration notarié

valoir du privilège de l'âge. Il existe un précédent dont la consécration remonte au 19^e siècle : les clauses d'inaliénabilité. Il s'agit, selon leur définition traditionnelle², des clauses par lesquelles un disposant interdit au gratifié d'aliéner les biens donnés ou légués. Or, la volonté du disposant s'impose aussi bien au gratifié qu'aux tiers, qui ne pourront saisir les biens concernés.

3. – Ces deux mécanismes ont donc un résultat identique : favoriser la conservation de l'immeuble au sein du patrimoine de son propriétaire, même si leur ampleur varie : la déclaration d'insaisissabilité ne jouant qu'à l'égard des créanciers, à l'inverse les clauses d'inaliénabilité contraignant également le propriétaire.

Cette parenté mise en lumière, il ne nous a pas paru pertinent dans ce cadre de procéder à une comparaison systématique de leurs attributs, le volume imparti n'y suffirait pas. De plus, nous avons cédé à la mode du clinquant pour axer principalement l'exposé sur ce qui fait l'objet de l'actualité législative : l'insaisissabilité offerte à l'entrepreneur individuel (I), accordant un traitement plus succinct aux clauses d'inaliénabilité (II).

d'insaisissabilité », JCP N 2003, 1561 ; PIEDELIÈVRE, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique », JCP 2003, I, 165 ; AUTEM, *L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel*, Defrénois, 2004, p. 327 ; SAUVAGE, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel à l'épreuve de son régime matrimonial », JCP N 2004, 1120 ; DAGOT, « La déclaration d'insaisissabilité du logement principal de l'entrepreneur individuel », JCPN 2004, 1028 ; WILLIATTE-PELLITTERI, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel résultant de la loi du 1^{er} août 2003 : La boîte de Pandore du monde des affaires ? », LPA 9 août 2004, p. 3 ; LE CORRE, « Protection de l'entrepreneur individuel et déclaration d'insaisissabilité », AJDI, mars 2004, p. 184 ; GUILHAUDIS et RAFFRAY, « Pratique de la déclaration d'insaisissabilité », JCP N 2005, 1192 ; PÉROCHON, *Le créancier et la renonciation à l'insaisissabilité de la résidence*, in *Mélanges Saint-Alary*, Éd. Législatives, PUSS de Toulouse, 2006, p. 409.

Voir à propos des modifications effectuées par la loi du 4 août 2008 : PIEDELIÈVRE, *Le nouveau droit de l'insaisissabilité*, Defrénois, 2008, p. 2245 ; DUPUIS, « L'insaisissabilité des biens que l'entrepreneur individuel n'a pas affectés à son usage professionnel : un miroir aux alouettes ? », *Cahier du droit de l'entreprise*, décembre 2008, p. 35.

2) Voir, par exemple, CARBONNIER, *Droit civil, Les biens*, PUF, n° 30. Cette définition paraît aujourd'hui devoir être généralisée à l'ensemble des actes, cf. infra n° 23. Pour une présentation plus générale, incluant les actes à titre onéreux, voir notamment DROSS, CLAUSIER, *Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats en droit privé interne*, Litec, 2008, V° Inaliénabilité.

I) L'INSAISSABILITÉ INSTAURÉE AU PROFIT DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL

L'insaisissabilité instaurée en 2003 au profit de l'entrepreneur individuel a été substantiellement modifiée par la récente loi de modernisation de l'économie. Toutefois, ces modifications (A) n'ont pas gommé toutes les hésitations ou toutes les contradictions du mécanisme (B).

A) Les modifications apportées par la loi de modernisation de l'économie

La loi du 4 août 2008 a entendu renforcer la protection de l'entrepreneur (1), ce faisant elle a résolu quelques uns des doutes existant sur le champ d'application des articles 526-1 et suivants du code de commerce (2).

1) Leur contenu : renforcer la protection de l'entrepreneur

Afin d'accroître la protection de l'entrepreneur individuel, la loi du 4 août 2008 a étendu son champ d'application à l'ensemble des immeubles non professionnels (a) et a permis de moduler la faculté de renoncer à la protection mise en place (b).

a) L'extension de l'insaisissabilité à tous les immeubles non affectés à l'usage professionnel

4. - Le bouleversement majeur apporté par la loi du 4 août 2008 au jeune mécanisme d'insaisissabilité dont peut bénéficier l'entrepreneur individuel ne résulte que de l'adjonction de dix-huit mots à l'article L. 526-1 du code de commerce.

Toutefois, ces quelques syllabes modifient radicalement la philosophie et l'ampleur de la protection accordée. La loi du 1^{er} août 2003 permettait de préserver la résidence principale, elle s'inscrivait donc dans une optique compassionnelle et pouvait se rattacher à la mouvance du droit au logement. La loi nouvelle étend cette faveur « à tout bien foncier bâti ou non bâti que [la personne physique] n'a pas affecté à un usage professionnel ». Ainsi, la protection peut englober l'ensemble du patrimoine immobilier non professionnel ou « domestique »³.

3) Selon la formule plus élégante du professeur PIEDELIÈVRE in *Le nouveau droit de l'insaisissabilité*, Defrénois, 2008, p. 2245.

5. - Il ne s'agit plus de protéger le logement de la famille, il s'agit de susciter l'esprit d'entreprise en laissant croire au professionnel qu'il peut se lancer dans l'aventure sans risque, c'est-à-dire en préservant ce qui est présenté comme la part la plus fondamentale de sa fortune : les immeubles. Si la protection initiale de la résidence était portée par une lame de fond résolument contemporaine, il est plus surprenant de trouver le vieux réflexe d'attachement au patrimoine immobilier dans un texte dit de « modernisation ».

6. - Cependant, ne soyons pas négative, cette extension considérable du champ de la protection recèle tout de même une caractéristique considérée comme novatrice : la flexibilité. En effet, nous sommes passés d'un bien dans sa globalité - la résidence principale- à un ensemble -les immeubles non professionnels-, que l'entrepreneur pourra diviser à sa guise. La nouvelle formule est donc ajustable.

b) La modulation de la faculté de renonciation

7. - Cette volonté de permettre une insaisissabilité sur mesure est également traduite par les précisions (ou les modifications⁴ ?) apportées par le législateur à la possibilité de renonciation offerte à l'entrepreneur.

En effet, la loi du 4 août 2008 est venue compléter l'article L. 526-3 du code de commerce en prévoyant que la renonciation à cette protection peut « porter sur tout ou partie des biens ; elle peut être faite au bénéfice d'un ou plusieurs créanciers ».

Renforçant la possibilité d'aménager le domaine matériel de l'insaisissabilité, cette nouvelle disposition vient aussi affirmer la faculté de moduler ses effets en fonction des personnes concernées.

Ces innovations, dont l'opportunité est discutable ont au moins l'avantage de mettre fin à certaines des interrogations qui assaillaient les notaires sollicités pour la mise en œuvre de cette insaisissabilité.

2) Les quelques difficultés résolues

Ainsi, les hésitations sur l'interprétation de la notion de résidence principale ont été écartées par l'extension de la protection à tous les immeubles

4) Voir infra n° 10 la controverse doctrinale sur la possibilité ou non de moduler la renonciation dans la version des textes issue de la loi du 1er août 2003.

non professionnels (a), comme ont été reléguées aux oubliettes les discussions sur la validité des renonciations partielles (b).

a) Par l'extension à tous les immeubles non professionnels

8. - La protection étant initialement cantonnée à la résidence principale, le notaire consulté se trouvait confronté à l'appréciation de cette notion. Si l'introduction de la résidence est encore assez récente dans notre droit, son succès a permis de fixer sa définition : il s'agit du « lieu où une personne physique demeure effectivement d'une façon assez stable »⁵.

Cette détermination permet d'éviter la plupart des hésitations. Toutefois, le notaire devait alors remplir son devoir d'information et de conseil avec une vigilance particulière⁶ pour attirer l'attention de l'entrepreneur sur le caractère effectif de la localisation. En effet, la protection cessant avec ce caractère, elle pouvait donc prendre fin sans l'intervention du praticien à partir du moment où pour une raison ou une autre l'immeuble ne constituait plus l'habitation. Le risque pour le notaire était de voir ici sa responsabilité recherchée par l'entrepreneur ayant, par exemple, décidé de résider chez sa nouvelle conquête sans percevoir les conséquences que cela constituait pour la préservation de son bien.

Une hypothèse plus particulière, mais plus délicate était celle de l'immeuble en construction. Le notaire pouvait-il établir l'acte en prévision de l'habitation effective, réaliser sa publicité et considérer que l'insaisissabilité produirait ses effets au premier jour de l'installation ? Devait-il au contraire demander à son client d'attendre cette installation pour lancer le processus ? Si la seconde option paraissait la plus prudente et la plus conforme aux textes, elle laissait s'écouler un laps de temps permettant la naissance de dettes susceptibles de porter atteinte à la préservation de la nouvelle résidence de l'entrepreneur.

5) *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, sous la direction de G. CORNU, PUF, V° Résidence.

6) De manière générale, le devoir de conseil et d'information du notaire est primordial lors de la déclaration d'insaisissabilité car celle-ci étant relative il est essentiel pour l'entrepreneur de comprendre quels sont précisément les créanciers qui ne pourront pas saisir son patrimoine immobilier, voir soulignant ce point : AUTEM, *L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel*, Defrénois, 2004, p. 327, n° 51 ; PÉROCHON, « Le créancier et la renonciation à l'insaisissabilité de la résidence », in *Mélanges Saint-Alary*, Éd. Législatives, PUSS de Toulouse, 2006, p. 409, n° 4.

L'extension de la protection à tout immeuble, qu'il soit bâti ou non dispense désormais le notaire de ces questions.

9. - Il ne reste que le critère de l'utilisation non professionnelle des immeubles. Or, la mise en œuvre de ce critère ne suscitait qu'une difficulté d'interprétation : l'hypothèse de la localisation de l'activité dans le local d'habitation, mais sans aménagement de celui-ci : c'est-à-dire sans utilisation professionnelle de l'une de ses parties. Il s'agit, par exemple, de la localisation consistant seulement à fournir une adresse postale à l'entrepreneur. Cela est également le cas lorsque l'entrepreneur exerce, dans sa résidence, une activité purement intellectuelle ne nécessitant l'utilisation d'aucun instrument, ou, à la limite, un simple ordinateur portable, par nature non rattaché à une pièce précise de l'habitation. Reprenant la position proposée par une réponse ministérielle⁷, la loi du 4 août 2008 retient dans ces situations la qualification exclusive d'usage domestique, permet ainsi une protection totale de l'immeuble et libère le notaire de toute hésitation.

b) Par la consécration des renonciations partielles

10. - En partie conscient que l'insaisissabilité pouvait être un obstacle à l'octroi du crédit, le législateur n'a reculé devant aucun paradoxe et a, dès la mise en place du mécanisme, prévu « que la déclaration peut à tout moment faire l'objet d'une renonciation »⁸.

La renonciation étant soumise à la même forme que la déclaration à savoir l'acte notarié, les notaires se sont vus immédiatement confrontés à la question de l'ampleur de cette renonciation : devait-elle valoir erga omnes ou pouvait-elle favoriser exclusivement un ou plusieurs créanciers ?

Le dilemme était cornélien tant les arguments dans les deux sens semblaient pertinents.

En faveur d'une renonciation in personam, il avait été avancé que cela était vital pour permettre le financement de l'activité⁹, que la faculté d'une

7) Rep. Min. n° 85332 : JOAN Q 20 juin 2006, p. 6639 ; Procédures 2006, n° 244, obs. Corze.

8) Article L. 526-3 alinéa 4 du code commerce. Sur cette faculté, voir l'étude très fouillée de PÉROCHON, *Le créancier et la renonciation à l'insaisissabilité de la résidence*, in *Mélanges Saint-Alary*, Ed. Législatives, PUSS de Toulouse, 2006, p. 409.

9) Voir en ce sens MALECKI, *La loi pour l'initiative économique et l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel*, D. 2003, p. 2220, n° 23 : « la prise de sûretés étant essentielle au financement, rien ne semble s'opposer à ce qu'un créancier professionnel

renonciation totale englobait nécessairement la faculté d'une renonciation plus réduite¹⁰, que cette possibilité ne contrevenait à aucune règle d'ordre public¹¹ (le principe d'égalité des créanciers ne valant que pour les débiteurs en cessation des paiements et l'insaisissabilité n'étant qu'une faculté que l'entrepreneur choisit librement) et enfin que les autres créanciers professionnels continuant à se heurter en l'insaisissabilité « ne sauraient s'en plaindre, avisés qu'ils étaient de cette situation »¹².

À l'encontre d'une renonciation partielle, avait été soutenu que cela créerait indument « une sorte de privilège »¹³ et que le parallélisme des formes exigées pour la déclaration et la renonciation (acte notarié et publication) entraînait nécessairement un parallélisme des effets¹⁴.

11. - Ce redoutable débat n'a plus lieu d'être, la loi 4 août 2008 à défaut d'avoir rétabli les privilèges... a consacré la possibilité de favoriser un créancier en ne renonçant à l'insaisissabilité qu'à son profit. La nouvelle formule utilisée : la renonciation peut être faite au bénéfice « d'un ou plusieurs créanciers mentionnés à l'article L. 526-1 » - c'est-à-dire de créanciers dont les droits sont nés après la publication de l'insaisissabilité - confirme la

demande à l'entrepreneur de renoncer expressément et exclusivement en sa faveur à la déclaration d'insaisissabilité»; LAUGIER, « Initiative économique et déclaration notarié d'insaisissabilité », JCP N 2003, I, 1561, n° 28.

10) Voir en ce sens F. VAUVILLÉ, *La déclaration notariée d'insaisissabilité*, Defrénois, art. 37813, n° 23 : « puisque « qui peut le plus, peut le moins », ne peut-on pas toutefois imaginer une renonciation qui serait faite au profit exclusif d'un créancier (en pratique, un dispensateur de crédit) ? Rien ne paraît l'interdire. ».

11) PÉROCHON, *Le créancier et la renonciation à l'insaisissabilité de la résidence*, in *Mélanges Saint-Alary*, Éd. Législatives, PUSS de Toulouse, 2006, p. 409, n° 49 : « Il nous semble pourtant que la renonciation "particulière" doit être admise. En effet, si elle favorise à l'évidence un créancier professionnel par rapport aux autres, cette faveur n'enfreint aucune règle impérative pour la double raison que le principe d'égalité, à ne pas dilater exagérément, ne vaut que pour le traitement des créanciers d'un débiteur en cessation des paiements et que l'insaisissabilité de la résidence au titre des créances professionnelles n'est nullement d'ordre public. Elle n'est qu'une faculté dont l'intéressé avait librement choisi de bénéficier et à laquelle il a le droit de renoncer totalement ».

12) PÉROCHON, « Le créancier et la renonciation à l'insaisissabilité de la résidence », in *Mélanges Saint-Alary*, Éd. Législatives, PUSS de Toulouse, 2006, p. 409, n° 50.

13) Voir en ce sens PIEDELIÈVRE, *L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel*, Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, JCP 2003, I, 165, n° 25 : la renonciation « devra être globale, faute sinon de conférer une sorte de privilège au bénéficiaire de la renonciation ».

14) Voir en ce sens LE CORRE, « Protection de l'entrepreneur individuel et déclaration d'insaisissabilité », AJDI, mars 2004, p. 184.

possibilité de renoncer à propos de créances déjà nées, prérogative qu'une doctrine autorisée avait soutenue¹⁵.

Dans sa lancée, le législateur a aussi précisé, pour éviter que renaisse cette difficulté d'interprétation à propos des biens concernés, que la renonciation peut également ne porter que sur une partie des immeubles.

B) Les imprécisions et les incohérences qui demeurent

Si ces quelques hésitations ont été balayées, la loi de modernisation de l'économie n'a pas transformé l'argent en or, le dispositif légal souffre encore d'imprécisions (1) et donne naissance à des incohérences regrettables (2).

1) Les imprécisions

Trois points suscitant des doutes n'ont pas été réglés par le législateur. Le premier est fondamental : il s'agit du régime de l'insaisissabilité lors d'une procédure collective (a). Le deuxième est fréquent il est relatif à la mise en œuvre du mécanisme lorsque l'immeuble n'est pas la propriété exclusive de l'entrepreneur (b). Le troisième est systématique et porte sur la coordination des mesures de publicité (c).

a) Le sort de l'insaisissabilité lors d'une procédure collective

12. - En présence d'un débiteur professionnel, il paraît nécessaire que la question de la saisie du patrimoine soit abordée au regard des règles des procédures collectives. Ce n'est malheureusement pas la démarche retenue par notre législateur. La seule disposition faisant un lien entre ces deux points est l'article R 622-4 alinéa 4 du code de commerce qui prévoit -sans en tirer aucune conséquence- que l'entrepreneur non immatriculé qui a effectué une déclaration d'insaisissabilité doit en informer le mandataire judiciaire.

Ce silence fait naître deux questions délicates relatives à la déclaration : savoir si le débiteur en période d'observation peut procéder à une déclaration d'insaisissabilité, mais surtout déterminer quelle sera en général l'efficacité d'une telle déclaration à l'égard de la procédure. Il suscite enfin une troi-

15) PÉROCHON, *Le créancier et la renonciation à l'insaisissabilité de la résidence*, in *Mélanges Saint-Alary*, Éd. Législatives, PUSS de Toulouse, 2006, p. 409, n° 60 et s. L'auteur, partant du constat que la loi ne l'interdit pas, démontre que si cela perturbe les prévisions des créanciers domestiques antérieurs à la renonciation, l'esprit de la loi étant la protection exclusive de l'entrepreneur et non « l'intérêt d'une catégorie de créancier », cette perturbation ne peut s'opposer à une telle renonciation.

sième hésitation concernant cette fois la renonciation : un notaire peut-il recevoir la renonciation d'un entrepreneur en cessation des paiements¹⁶ ?

13. - Que doit faire le notaire recevant un client qui le sollicite pour effectuer une déclaration d'insaisissabilité alors qu'il est en période d'observation ? Si une telle démarche est tardive car elle ne peut avoir d'effet pour les dettes nées avant la déclaration, elle n'est pas inconcevable. En effet, l'ouverture d'une procédure d'observation est de nature à sensibiliser l'entrepreneur sur les moyens de préserver son patrimoine.

Durant cette phase, conformément au principe actuel, le débiteur n'est pas dessaisi, ses pouvoirs sont simplement encadrés par l'article L. 622-7 du code de commerce¹⁷. Ce texte interdit au débiteur le paiement des créances antérieures et les actes de disposition étrangers à la gestion courante de l'entreprise. Cette règle étant restrictive, elle ne devrait pas être interprétée largement. Or, effectuer une déclaration d'insaisissabilité n'est pas au sens strict un paiement de dettes antérieures et encore moins un acte de disposition puisque cette déclaration n'opère aucune sortie du patrimoine du débiteur¹⁸. Toutefois, le résultat recherché est pour la procédure collective le même. En effet, si l'efficacité de la déclaration est reconnue, les créanciers postérieurs à cette déclaration perdront la possibilité de saisir le bien ; par

16) Interrogation mise en lumière par PÉROCHON, « Le créancier et la renonciation à l'insaisissabilité de la résidence », in *Mélanges Saint-Alary*, Éd. Législatives, PUSS de Toulouse, 2006, p. 409, n° 63 et s.

17) Texte applicable à la sauvegarde et, par renvoi de l'article L. 631-14 du code de commerce à la période d'observation du redressement judiciaire.

18) La doctrine, dans sa majorité, avoue son hésitation entre la qualification d'acte d'administration et celle d'acte conservatoire (Voir notamment WILLIATTE-PELLITTERI, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel résultant de la loi du 1^{er} août 2003 : La boîte de Pandore du monde des affaires ? », LPA 9 août 2004, p. 3, n° 24 ; SAUVAGE, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel à l'épreuve de son régime matrimonial », JCP N 2004, 1120, n° 15). Cependant certains ont opté pour la qualification d'acte d'administration (Voir notamment AUTEM, *L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel*, Defrénois, 2004, p. 327, n° 15). La qualification d'acte conservatoire nous paraît pas adaptée car si la déclaration évite, en effet, la perte d'un bien, elle n'a pas le caractère nécessaire inhérent aux actes conservatoires : elle relève d'un choix qui a des implications sur le crédit de l'entrepreneur et elle n'a donc pas pour seul effet d'éviter cette perte (*Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, sous la direction de G. CORNU, v° acte conservatoire : « acte juridique qui tend seul à éviter une perte et qui nécessaire et urgent, requiert un minimum de pouvoir »). La qualification d'acte de disposition étant exclue car la déclaration n'engage pas le patrimoine de l'entrepreneur, la qualification d'acte d'administration (sans doute la plus accueillante) a notre faveur.

conséquent cela revient à défavoriser les partenaires qui auront fait confiance à l'entreprise en observation. De même, s'il est vrai que la déclaration ne diminue pas le patrimoine de l'entrepreneur, elle réduit son patrimoine saisissable, donc son patrimoine utile pour le maintien de l'activité. Enfin, l'efficacité de la déclaration porte atteinte au principe d'égalité des créanciers.

Le notaire consulté est ici amené à choisir entre la lettre du texte et son esprit. Il nous semble préférable de faire prévaloir ce dernier tant la démarche de l'entrepreneur paraît nuisible à l'objectif affiché comme primordial de maintien de l'activité économique¹⁹. Cependant, il serait bien plus confortable pour le notaire de pouvoir s'abriter derrière un texte pour refuser d'instrumenter.

14. - La deuxième difficulté présente une importance statistique qui rend assourdissant le silence du législateur : quelle est l'efficacité d'une déclaration d'insaisissabilité lors d'une liquidation ? Le liquidateur peut-il procéder à la réalisation des immeubles insaisissables ? Ou pour formuler les choses du point de vue du notaire : le notaire peut-il recevoir la vente à l'initiative du propriétaire d'un immeuble déclaré insaisissable alors que ce propriétaire-entrepreneur est en liquidation ?

Cette question est inédite en raison du caractère relatif de cette insaisissabilité, trait nouveau dans notre droit. En effet, à l'inverse de celle découlant des clauses d'inaliénabilité qui produit ses effets erga omnes, l'insaisissabilité offerte à l'entrepreneur ne concerne pas ses créanciers non professionnels et pour les autres elle ne prend effet qu'au jour de la déclaration. Par conséquent, en pratique il existera presque toujours un créancier auquel l'insaisissabilité ne sera pas opposable.

Le mandataire judiciaire peut-il se prévaloir de l'existence de tels créanciers pour faire saisir les immeubles réduisant à néant la protection que l'entrepreneur croyait avoir bâtie ? Ou bien, son rôle de représentant de la collectivité des créanciers l'empêche-t-il d'agir seulement pour certains d'entre eux ? La qualité des arguments opposés rend cette interrogation redoutable. En faveur de l'opposabilité de l'insaisissabilité à la procédure, il a

19) Voir contra invoquant.... l'esprit des articles L. 526-1 et s. du code de commerce : LEGRAND et STAES, « La détermination du patrimoine du débiteur », *Rev.proc. coll.* avril-juin 2008, p. 106 : « Refuser au débiteur de procéder à une telle déclaration au motif qu'il est en état de cessation des paiements revient à le priver de la protection au moment où il en a le plus besoin ».

été avancés l'esprit de la loi²⁰ qui est bien de protéger l'entrepreneur dans les périodes difficiles, le précédent du bien de famille institué par une loi du 12 juillet 1909²¹ (mais l'opposabilité résultait alors d'une disposition expresse du texte...) et surtout la fonction du représentant des créanciers qui serait de représenter tous les créanciers²². Toutefois, ce sont les arguments présentés en faveur de l'inopposabilité qui emportent notre conviction. Ils partent du constat que le « droit de poursuite de la collectivité des créanciers est aligné sur celui que le droit commun reconnaît au créancier quelconque »²³. « Or, ce créancier quelconque, ce créancier de droit commun a nécessairement un droit de gage général parce que l'insaisissabilité, conçue par la loi comme une exception²⁴, lui est inopposable »²⁵. Ajoutons à cette démonstration un argument secondaire : cette inopposabilité nous paraît de nature à préserver les droits des créanciers professionnels qui ont pris soin de vérifier lors de la naissance de leur créance l'absence de déclaration et qui lors de l'ouverture d'une procédure collective auront naturellement tendance à se soumettre à la discipline collective qui la caractérise. Opter pour la solution contraire exigerait d'eux qu'ils vérifient à nouveau l'état des biens immobiliers pour pouvoir exercer des poursuites individuelles en cas de déclaration postérieure à

20) Voir MALECKI, « La loi pour l'initiative économique et l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel », D. 2003, p. 2220, n° 27 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 5^e éd., 2006, n° 1214.

21) Voir MALECKI, « La loi pour l'initiative économique et l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel », D. 2003, p. 2220, n° 27.

22) Voir C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 5^e éd., 2006, n° 1214 ; LE CORRE, « Protection de l'entrepreneur individuel et déclaration d'insaisissabilité », AJDI, mars 2004, p. 184 : « Le représentant des créanciers ou, en liquidation judiciaire, le liquidateur, agit pour assurer la défense de l'intérêt collectif des créanciers. Comme l'indique la Cour de cassation, il ne peut agir pour assurer la défense de l'intérêt individuel d'un créancier ou d'un groupe de créanciers. (...) Puisque le liquidateur représente des créanciers qui ont le droit de saisir l'immeuble, et d'autres qui n'ont pas ce même droit, le liquidateur ne représente plus collectivement les créanciers, mais des groupes de créanciers. Il ne peut donc, à notre sens, mettre en œuvre un droit confisqué à certains créanciers qu'il représente, puisqu'il assurerait alors la défense que de certains créanciers, et non de tous ».

23) SÉNÉCHAL, *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, Bibl. dr. entr. T. 59, 2002, préf. Monsérié-Bon, Litec, n° 362, et réaffirmant cette analyse n° 437.

24) Rappelons, en effet, la formulation de l'article L. 526-1 instaurant le mécanisme de déclaration de l'insaisissabilité : « Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du code civil ». La formule est on ne peut plus claire (notamment par la référence aux deux articles alors qu'un seul aurait suffi).

25) PÉROCHON, « Le créancier et la renonciation à l'insaisissabilité de la résidence », in *Mélanges Saint-Alary*, Éd. Législatives, PUSS de Toulouse, 2006, p. 409, n° 5.

leur vérification. Or, comme cela n'est pas dans leur culture, il est à craindre qu'ils soient alors devancés injustement par des créanciers domestiques.

Une récente décision²⁶ de Cour d'appel²⁷ est venue apporter des éléments nouveaux dans ce débat en suivant l'opinion majoritaire²⁸ mais non unanime²⁹ de la doctrine, c'est-à-dire en incluant les biens déclarés insaisissables dans la procédure collective. Certains doutent que cette solution survive aux redoutables problèmes qu'elle fait naître et notamment à la question de la répartition du prix. Comme le soulèvent ses premiers commentateurs : quid en présence d'un reliquat une fois les créanciers bénéficiant de l'inopposabilité désintéressés ?

Le pronostic sur la position qu'adoptera la Cour de cassation relèverait de la divination. En revanche, il convient dès à présent pour les praticiens d'adopter une attitude prudente. Sollicité par l'entrepreneur en liquidation pour la vente d'un immeuble déclaré insaisissable, le notaire doit interroger le liquidateur sur sa position. Le mandataire judiciaire étant le seul à pouvoir

26) CA Orléans, 15 mai 2008 : JCP E, 2009, I, 1008, n° 9, obs. critiques Cabrillac et Pétel ; Act. Proc. Coll. 2008, 15-239, obs. Cagnoli.

27) Une décision plus récente encore de la Cour de cassation est intervenue à propos d'une déclaration d'insaisissabilité confrontée à une procédure collective. Toutefois, elle ne permet pas de trancher le débat en raison de la question soulevée par le pourvoi. Le liquidateur reprochait à la Cour d'appel de l'avoir déclaré irrecevable à agir en déclaration d'inopposabilité à la procédure de la déclaration. La Cour de cassation a admis cette irrecevabilité en la fondant sur l'absence de litige entre le débiteur et les créanciers de la procédure : « attendu que statuant exclusivement sur la recevabilité de la demande du liquidateur sans apprécier l'effet de la déclaration d'insaisissabilité effectuée par monsieur X, la cour d'appel, qui a constaté l'absence de litige entre les créanciers de la liquidation judiciaire et le débiteur, en a souverainement déduit l'absence d'intérêt à agir du liquidateur au sens de l'article 31 du code de procédure civile » : Cass, com, 3 février 2009 : D. 2009, p. 494, obs. Lienhard.

28) Voir notamment en ce sens PÉROCHON et BONHOMME, « Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement », LGDJ, 7^e édition, n° 423 ; AUTEM, *L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel*, Defrénois, 2004, art. 37890, n° 46 ; VAUVILÉ, *La déclaration notariée et l'insaisissabilité*, Defrénois, 2003, art. 37813, n° 14 ; LAUGIER, « Initiative économique et déclaration notariée d'insaisissabilité », JCP N 2003, 1561, n° 11 ; LEGRAND et STAES, « La détermination du patrimoine du débiteur », *Rev. proc. coll.*, avril-juin 2008, p. 106.

29) Voir en ce sens LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action 2008-2009, n° 572-37 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 5^e éd., 2006, n° 1214 ; JEANTIN et LE CANNU, Dalloz, n° 554 ; MALECKI, « La loi pour l'initiative économique et l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel », D. 2003, p. 2220, n° 27.

faire valoir les règles du dessaisissement³⁰, sa renonciation à s'en prévaloir permettra au notaire de réaliser l'acte. En revanche, l'expression de la volonté contraire doit amener le notaire à refuser son concours. À l'inverse, si le notaire est consulté à l'initiative du liquidateur pour réaliser une vente amiable en vertu de l'article L. 642-18 du code de commerce, il devrait pouvoir dresser l'acte. En effet, même si la question de principe est identique, le contexte est différent : la cession de gré à gré ne pouvant intervenir que sur autorisation du juge commissaire, une telle autorisation nous semble de nature à écarter la responsabilité du praticien³¹.

15. – La troisième difficulté découle de la possibilité de renoncer à l'insaisissabilité. À première vue, cette opération ne devrait pas susciter d'interrogation car elle restitue aux créanciers leur droit de gage général. Toutefois, si une renonciation est envisagée, elle ne le sera pratiquement jamais de façon globale, l'entrepreneur ne pouvant en espérer aucun avantage. Le plus souvent, elle n'est projetée qu'au profit d'un créancier déterminé.

Si la créance concernée est antérieure à la renonciation et si l'entrepreneur est en cessation des paiements, il faut alors s'interroger sur la compatibilité de cette faculté avec les nullités de la période suspecte. Une plume particulièrement avisée a admis cette compatibilité au lendemain de la loi Dutreil³². L'analyse mettait en avant le caractère dérogoire de l'article L. 631-1 du code de commerce (nature qui impose son interprétation stricte) et le fait que ce texte ne vise qu'un certain nombre de sûretés réelles constituées sur les biens du débiteur : « la restitution à certains créanciers de l'intégralité de leur gage, initialement restreint, n'est pas une constitution de sûreté réelle, faute d'affecter, de façon préférentielle ou exclusive, un bien déterminé à la garantie de leur créance : dans la mesure où elle étend le gage général du créancier, elle apparaît comme une forme de garantie personnelle

30) Cass. com, 22 janvier 2002 : Gaz. Pal. 4-5 novembre 2005, p. 31, obs. Voinot.

31) En effet, elle paraît assimilable au commandement de l'autorité légitime. Il est vrai que le terme employé est celui d'autorisation, et que la jurisprudence considère, en général, qu'une autorisation n'empêche pas la responsabilité (Voir, par exemple, Cass., 3^e civ., 22 mai 1997 : Bull. civ. III, n° 113 : l'autorisation donnée par l'administration d'installer un établissement polluant n'a pas empêché les voisins d'obtenir réparation du préjudice occasionné). Toutefois, le contexte est assez particulier, à partir du moment où le juge a donné son autorisation à la vente, pour sa publicité l'intervention d'un notaire est nécessaire. C'est cette nécessité qui rapproche cette autorisation d'un commandement (il n'en va pas du tout de même de l'autorisation donnée à l'ouverture d'un établissement, qui peut, par la suite, ne pas être utilisée).

32) PÉROCHON, « Le créancier et la renonciation à l'insaisissabilité de la résidence », in *Mélanges Saint-Alary*, Éd. Législatives, PUSS de Toulouse, 2006, p. 409, n° 64.

indirecte ». Cette analyse traduit parfaitement l'esprit du texte. Toutefois, on notera que la loi n'emploie pas le terme « sûreté réelle » (même si elle procède à une énumération de ces garanties et évoque leur constitution sur les biens du débiteur), en revanche elle vise « tout droit de gage ». Il n'est alors peut-être pas exclu que la jurisprudence y fasse entrer le rétablissement (qui suppose un acte positif, assimilable à une constitution) du droit de gage général des créanciers surtout lorsqu'il se fait au profit d'un créancier déterminé (Certes, ce droit ne lui confère pas au sens technique un droit de préférence, mais il lui assure d'éviter le concours d'autres créanciers professionnels³³ sur certains biens du débiteur. Le législateur lui-même semble le concevoir comme une sûreté en ayant prévu sa circulation lors de la cession de la créance³⁴). Notons également qu'une telle interprétation serait conforme à l'objectif des lois ayant instauré la déclaration d'insaisissabilité : il s'agit de susciter l'esprit d'entreprise en rassurant l'entrepreneur qui se lance dans un projet nouveau, et non de lui permettre de sauver a posteriori les *immeubles* quand les choses vont mal.

Un doute nous semble donc planer sur l'efficacité d'une telle renonciation, invitant le notaire sollicité à une grande prudence bien que sa position soit délicate (car il ne peut avoir de certitude sur l'état de cessation des paiements de son client et peut difficilement s'en prévaloir pour refuser de recevoir l'acte).

b) La mise en œuvre de l'insaisissabilité lorsque l'entrepreneur n'a pas la propriété exclusive du bien

16. - L'article 526-1 du code de commerce permettant de déclarer l'insaisissabilité des « droits sur l'immeuble », la déclaration peut porter sur

33) Voir qualifiant la renonciation in personam de « sorte de privilège », Pledelièvre, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique », JCP 2003, I, 165, n° 15 et réitérant cette opinion sous l'appellation « gage indirect » in *Le nouveau droit de l'insaisissabilité*, Defrénois, 2008, p. 2245 ; dans le même sens GUILHAUDIS et RAFFRAY, « Pratique de la déclaration d'insaisissabilité », JCP N 2005, 1192, n° 15 ; parlant de « nouvelle forme de sûreté » : MALECKI, « La loi pour l'initiative économique et l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel », D. 2003, p. 2220, n° 24

34) Article L. 526-3, al 4 in fine, rédaction Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 « Lorsque le bénéficiaire de cette renonciation cède sa créance, le cessionnaire peut se prévaloir de celle-ci ».

des droits indivis ou sur des démembrements³⁵ de propriété.

Se pose immédiatement la question de savoir si la déclaration va alors rendre l'intégralité du bien insaisissable. La réponse ne peut qu'être négative, la protection étant réservée à l'entrepreneur individuel, elle ne pourra jouer au profit des autres titulaires de droit réels sur le bien.

17. - Ainsi, la déclaration d'insaisissabilité n'empêchera pas les créanciers de l'entrepreneur de provoquer le partage. Reste à déterminer les effets de ce partage lorsque l'immeuble tombe dans le lot du partageant protégé, c'est-à-dire de l'entrepreneur. L'insaisissabilité doit-elle être reportée sur la totalité du bien ou seulement sur une portion correspondant à sa quote-part indivise ? Selon une opinion autorisée, l'effet déclaratif du partage effaçant la période d'indivision, l'insaisissabilité devrait porter sur l'intégralité du bien³⁶. Cette analyse peut être confortée par le choix d'une solution identique en matière d'hypothèque lors de la réforme des sûretés³⁷. Toutefois, la solution ne nous semble pas acquise. En effet, l'article 526-3 du code de commerce prévoit en cas de vente d'un bien insaisissable que ce caractère est reporté sur le prix réemployé, mais uniquement pour la quote-part de ce prix dans le nouveau bien acquis. Il nous semble que le raisonnement par analogie peut ici être invoqué. Ce cantonnement légal a été retenu pour ne pas perturber les prévisions des partenaires du professionnel qui avaient pu se faire une idée de la part insaisissable du patrimoine de l'entrepreneur et qui n'auraient peut-être pas prêté si cette part avait été plus grande. La situation à l'issue d'un partage est fort similaire à celle résultant d'une acquisition plus onéreuse : si l'entrepreneur se trouve plein propriétaire d'un bien ou propriétaire d'un bien d'une plus grande valeur, c'est qu'il a sorti de son patrimoine saisissable : lors de l'acquisition, le complément du prix et lors du partage : une soulte ou qu'ont échappé à ce patrimoine saisissable d'autres biens. Aussi, si en présence d'une nouvelle acquisition le législateur n'a pas voulu que les créanciers soient trompés, les tribunaux pourraient décider de même en cas de partage. Un éclaircissement législatif aurait été le bienvenu pour trancher ce débat.

35) Si la question a été discutée sous l'empire de la loi Dutreil pour la nue-propriété qui ne permettait pas directement l'habitation de l'entrepreneur, l'extension, par la loi de modernisation de l'économie, à tout immeuble domestique a fait disparaître toute hésitation.

36) PIEDELIÈVRE, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique », JCP 2003, I, 165, n° 15.

37) Voir le nouvel article 2414 alinéa 3 du code civil.

18. - D'autant que cette difficulté se retrouve lorsque la déclaration initiale porte sur des droits en usufruit ou en nue-proprière et que, mécaniquement (par l'extinction de l'usufruit) ou par transmission, ces droits se réunissent sur la tête de l'entrepreneur. Il est possible de raisonner ici au regard du régime général de ces démembrements. Cela amène à distinguer deux positions. Lorsque l'entrepreneur est initialement nu-proprière, la réunion de l'usufruit étant inéluctable et ne pouvant donc surprendre les créanciers, l'insaisissabilité devrait s'appliquer au tout. À l'inverse, lorsque l'entrepreneur est initialement usufruitier, il n'a pas nécessairement vocation à recueillir la pleine propriété et par conséquent la protection devrait être limitée à la valeur des droits indivis au jour de la déclaration³⁸. Cette solution aurait l'avantage d'être cohérente avec la proposition précédente, mais il faut reconnaître qu'elle peut paraître complexe.

c) La coordination des mesures de publicité

19. - Afin de protéger les créanciers le législateur a instauré une double mesure de publicité³⁹ : la publication à la conservation des hypothèques ou au livre foncier et une mention dans le registre « de publicité légale à caractère professionnel » où l'entrepreneur est immatriculé ou, à défaut d'un tel registre, la parution d'une annonce dans un journal d'annonces légales du département d'exercice de l'activité professionnelle.

Le cumul de ces publicités (et surtout la rédaction des textes du code de commerce) « ne permet pas de déterminer avec certitude laquelle rend la déclaration d'insaisissabilité opposable aux créanciers, la doctrine se divisant d'ailleurs sur la solution à retenir »⁴⁰. En effet, l'on peut considérer que les deux ont la même fonction et donc que l'opposabilité ne sera acquise qu'à la date de réalisation de la seconde. Il est aussi possible de dissocier leurs objectifs : considérer que la publicité à la conservation des hypothèques permet de déterminer les créanciers postérieurs (à la déclaration ou à la renonciation) et que la publicité professionnelle n'est qu'une condition de l'opposabilité (nécessaire à celle-ci mais ne constituant pas son point de départ). Si la deuxième proposition semble la plus séduisante « car elle mini-

38) Voir en ce sens PIEDELIÈVRE, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique », JCP 2003, I, 165, n° 13.

39) Article L. 526-2 du code de commerce.

40) MONSÉRIÉ-BON, « L'insaisissabilité de la résidence principale : ordre et désordre dans le rôle de la publicité », in *Mélanges Saint-Alary*, Éd. Législatives, PUSS de Toulouse, 2006, p.387 et la note p. 392 récapitulant les diverses positions doctrinales.

mise la portée de la formalité requise de l'entrepreneur non immatriculé (...), formalité dénuée de pertinence»⁴¹, à savoir la publication dans un journal d'annonces légales, il est regrettable que la loi de 2008 n'ait pas éclairci ce point.

Si la protection offerte par le législateur continue à susciter un certain nombre d'hésitations pour sa mise en œuvre, elle présente un défaut plus grave encore : aboutir parfois à des situations peu cohérentes.

2) Les incohérences

Trois situations peuvent susciter l'étonnement : la possibilité de se protéger contre des dettes dont la moralité est douteuse (a), l'existence d'une faille qui permet la saisie des immeubles pour des dettes professionnelles en dépit de la déclaration (b) et enfin, dans une moindre mesure, la discrimination faite pour les biens immobiliers détenus par le biais de sociétés civiles immobilières et le cantonnement du emploi à l'acquisition d'une nouvelle résidence principale (c).

a) Les dettes nées à l'occasion de l'activité professionnelle peuvent être immorales

20. - L'objectif du législateur est de protéger une partie du patrimoine de l'entrepreneur. Lorsque cette protection se limitait à sa résidence principale, elle pouvait se rattacher à une optique compassionnelle. Aujourd'hui, il semble que cette faveur se justifie par la volonté de valoriser l'esprit d'entreprise. Dans les deux cas, la situation de l'entrepreneur bénéficie d'un jugement de valeur positif.

Or, comme l'insaisissabilité est prévue de façon générale à l'égard de droits nés à l'occasion de l'activité professionnelle, il pourra s'agir de droits dont la naissance découle d'un comportement répréhensible du professionnel⁴². Ainsi, un kinésithérapeute disposant des diplômes pour exercer cette profession, mais qui pratique également la chiropractie et qui en manipulant un patient le blesse gravement pourra voir son patrimoine immobilier protégé des conséquences de sa condamnation en responsabilité civile. En effet, il s'agit bien d'un droit né à l'occasion de son activité professionnelle même si

41) PÉROCHON, « Le créancier et la renonciation à l'insaisissabilité de la résidence », in *Mélanges Saint-Alary*, Éd. Législatives, PUSS de Toulouse, 2006, p. 409, n° 44.

42) Voir en ce sens LE CORRE, « Protection de l'entrepreneur individuel et déclaration d'insaisissabilité », *AJDI*, mars 2004, p. 184.

cette pratique est susceptible d'une condamnation pénale pour exercice illégal de la médecine. Aussi inéquitable, un agent immobilier qui détourne l'argent de ses clients pourrait échapper à la saisie de ses immeubles demandée pour obtenir restitution.

Ce sont là bien sûr des exemples marginaux, mais l'on peut tout de même déplorer que le législateur n'ait pas restreint sa faveur à l'activité professionnelle régulière.

b) La possible saisie des immeubles du conjoint en vertu de la solidarité ménagère

21. - Les articles L526-1 et suivants ne concernent que l'entrepreneur et ne peuvent donc assurer la préservation des droits immobiliers de son conjoint. Cette règle, a priori de pur bon sens, peut toutefois aboutir à une situation paradoxale. En effet, certaines dettes liées à l'activité professionnelle entrent dans le champ de la solidarité ménagère, c'est-à-dire pèse sur le conjoint de l'entrepreneur en vertu de l'article 220 du code civil. Il s'agit notamment des cotisations aux régimes de prévoyance sociale⁴³ ; par exemple, les cotisations obligatoires à la caisse de retraite des médecins⁴⁴ ou de primes afférentes à une police complémentaire d'assurance maladie.

Dans des hypothèses certes rares, les immeubles du conjoint (et pourquoi pas la résidence de la famille) pourront être saisis en dépit de la déclaration d'insaisissabilité pour des dettes nées de l'activité car elles entrent dans le champ d'application de la solidarité légale. Il est vrai que cette situation paradoxale est davantage due à une interprétation extensive du champ de la solidarité qu'au mécanisme d'insaisissabilité.

c) Le refus de la protection pour les parts de SCI et le cantonnement du emploi à l'acquisition d'une nouvelle résidence principale

22. - Le code de commerce visant les « droits sur l'immeuble »⁴⁵ cela exclut de la protection les parts de SCI car elles ne confèrent aux associés aucun droit réel immobilier. Cette analyse effectuée dès la mise en place de

43) Cass, 1^e civ., 12 mai 2004 : Bull. civ. I, n° 137 ; D. 2004, p. 2886, note Likillimba et somm. 2966, obs. Vigneau.

44) CA Agen, 13 janvier 1988 : JCP N 1991, II, 57, obs. Simler.

45) Article L. 526-1 du code de commerce.

la loi du 1^{er} août 2003 par une plume attentive⁴⁶ a reçu l'appui d'une réponse ministérielle⁴⁷.

Si la solution semble acquise, on peut s'interroger sur la raison d'être de cette règle. Pourquoi lorsque ses immeubles sont possédés sous forme sociétaire refuser cette protection à l'entrepreneur individuel ? Prend-t-il moins de risques ? Non. Est-il moins dynamique ? Non. Personnellement, nous ne voyons pas ce qui pourrait justifier cette différence⁴⁸. On peut nous objecter que la saisie et surtout l'adjudication de ces parts est plus délicate que celle d'un immeuble, mais cela ne suffit pas à arrêter les créanciers⁴⁹.

De la même manière, le domaine accordé au remploi à l'issue de la loi du 4 août 2008 peut surprendre. Lors de la mise en place du dispositif en 2003, le législateur n'a pas voulu que la déclaration d'insaisissabilité paralyse l'entrepreneur. Aussi, il a prévu, en cas de vente de la résidence principale, un report de l'insaisissabilité à hauteur du remploi effectué dans l'acquisition d'une nouvelle résidence principale⁵⁰. Ainsi, l'entrepreneur continue à bénéficier de la date à laquelle il a fait la déclaration initiale (et il peut, si la seconde résidence est plus onéreuse, faire une deuxième déclaration pour le surplus). Or, ce texte n'a pas été modifié par la loi de modernisation de l'économie. L'entrepreneur ne pourra donc bénéficier du report de l'insaisissabilité que s'il vend un immeuble en vue de l'acquisition de sa résidence principale. Ce cantonnement n'est pas cohérent avec l'extension du domaine de la déclaration à tous les immeubles non professionnels. Il ne résulte certainement pas d'un raisonnement, mais d'une simple inadvertance du législateur.

L'insaisissabilité offerte à l'entrepreneur a suscité de nombreux doutes sur son opportunité économique, ils sont malheureusement relayés par les imperfections juridiques du mécanisme.

46) PIEDELIÈVRE, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique », JCP 2003, I, 165, n° 12.

47) Rép. Min. n° 52819 : JOAN Q 5 avril 2005, p. 3540 ; AJDI 2006, p. 135, obs. critiques Maublanc.

48) Voir en ce sens DUPUIS, « L'insaisissabilité des biens que l'entrepreneur individuel n'a pas affectés à son usage professionnel : un miroir aux alouettes ? », *Cahier du droit de l'entreprise*, décembre 2008, p. 36.

49) Voir évoquant ce point PRIEUR, « La responsabilité des dirigeants : quelle protection ?, Le rôle de l'organisation patrimoniale », JCP E 2009, 1224, n° 9 et s. De plus, il existe un risque de voir la fictivité de la société déclarée, *ibid*, n° 22 et s.

50) Article L. 526-3 al 2 du code de commerce.

Ce triste constat contraste avec l'enthousiasme⁵¹ qui a accompagné la récente évolution prétorienne des clauses d'inaliénabilité.

II) L'inaliénabilité conventionnelle

Délaissée par le législateur, l'inaliénabilité conventionnelle pourrait néanmoins être en train de vivre une révolution tranquille. En effet, de nouvelles perspectives ont été esquissées avec un élargissement de son domaine aux actes à titre onéreux (A) et son utilisation dans les actes à titre gratuit ne répond plus que très rarement à sa finalité traditionnelle de protection du gratifiant (B).

A) Un élargissement du domaine de validité

Levant une incertitude, la Cour de cassation a, dans un arrêt du 31 octobre 2007, déclaré qu'une « clause d'inaliénabilité peut être stipulée dans un acte à titre onéreux »⁵². La généralité de cet attendu offre un large domaine à l'interdiction conventionnelle d'aliéner (1), toutefois on peut se demander s'il ne s'agit pas d'un miroir aux alouettes pour les débiteurs, c'est-à-dire si cette clause va pouvoir offrir la même protection qu'en matière d'actes gratuits (2).

1) *Le large domaine ouvert*

23. - A s'en tenir aux termes utilisés par la Cour de cassation, la validité des clauses d'inaliénabilité devraient concerner l'ensemble des actes à titre onéreux. En effet, si les deux conditions exigées pour leur introduction dans les actes à titre gratuit (intérêt légitime et caractère temporaire) sont reprises, aucune restriction n'est apportée ou suggérée quant à la nature des actes onéreux concernés⁵³.

51) Voir notamment MORTIER, « La nouvelle aire des clauses d'inaliénabilité », note sous Cass., 1^e civ., 31 octobre 2007, JCP N 2008, 1064 : « en définitive, les incertitudes qui escortent l'arrêt du 31 octobre 2007 sont trop timides pour craindre son souffle vivifiant : en matière d'acte à titre onéreux : il faut oser l'inaliénabilité ! ».

52) Voir en ce sens REVET, RTD civ. 2008, p. 126, note sous Cass., 1^e civ., 31 octobre 2007 : « la formule par laquelle elle pose cette orientation est de celles qui marquent l'ambition d'un enrichissement prétorien direct et immédiat du corpus juris civile » ; MORTIER, *La nouvelle aire des clauses d'inaliénabilité*, note sous Cass., 1^e civ., 31 octobre 2007, JCP N 2008, 1064 : « l'attendu de principe de l'arrêt du 31 octobre 2007 semble rédigé pour la postérité ».

53) Voir en ce sens REVET, RTD civ. 2008, p. 126, note sous Cass., 1^e civ., 31 octobre 2007 : « la formule par laquelle elle pose cette orientation est de celles qui marquent l'ambition d'un enrichissement prétorien direct et immédiat du corpus juris civile » ; MORTIER, *La nouvelle*

Par conséquent, en vertu de cette décision, une clause d'inaliénabilité devrait pouvoir être insérée aussi bien dans un acte onéreux translatif que non translatif de droits. Par exemple, un prêteur octroyant un prêt pour la restauration d'un monument historique devrait pouvoir exiger qu'une clause d'inaliénabilité soit souscrite par les propriétaires du l'immeuble.

Une différence a pu être avancée entre ces deux catégories d'acte. En présence d'un acte translatif, le bien entre dans le patrimoine frappé d'inaliénabilité, de sorte que les créanciers antérieurs à son entrée ne souffriraient pas de cette restriction car ils ont accordé leur confiance avant cette entrée, quant aux créanciers postérieurs il leur suffirait de consulter, pour les immeubles, les registres de la publicité foncière pour connaître l'étendue de leur prérogatives. En revanche, pour les actes non translatifs, la clause viendrait frapper un bien figurant déjà dans le patrimoine de la personne et sur lequel les créanciers avaient pu fonder leur confiance. Toutefois, cette différence ne nous convainc pas. Elle est, certes, pertinente pour les actes à titre gratuit, mais inadaptée au contexte onéreux. En effet, l'entrée du bien dans le patrimoine se fait ici contre le versement d'une contrepartie qui appauvrit la personne. Par conséquent, sort du patrimoine une valeur classiquement aliénable pour y faire entrer un bien inaliénable, on voit mal comment les créanciers antérieurs n'en souffriraient pas.

Il n'y a donc pas d'éléments dirimants pour réduire la portée de la solution aux actes translatifs⁵⁴.

Ainsi, s'ouvre un nouveau champ à l'inventivité de la pratique notariale⁵⁵. Pourquoi ne pas inclure une telle clause lorsqu'une personne âgée vend une parcelle du terrain sur lequel elle a sa propre maison à une autre personne âgée célibataire pour se garantir, au moins un certain temps, un voisin calme ? Idem pour l'agriculteur biologique contraint de vendre une parcelle proche de ses terres cultivées et qui souhaite choisir un voisin non polluant. Pourraient peut-être également être reconnues des clauses d'inaliénabilité stipulées par les époux pour certains de leurs biens durant la durée de leur régime, ressuscitant en partie le régime dotal.

aire des clauses d'inaliénabilité, note sous Cass., 1^{er} civ., 31 octobre 2007, JCP N 2008, 1064 : « l'attendu de principe de l'arrêt du 31 octobre 2007 semble rédigé pour la postérité ».

54) Voir en ce sens THULLIER, note sous : Cass., 1^{er} civ., 31 octobre 2007 et 23 janvier 2008, Defrénois, 2008, p. 1485.

55) Il faut toutefois que la clause soit justifiée par un intérêt sérieux et légitime. Voir semblant limiter cet intérêt légitime et sérieux dans les actes à titre onéreux à la préservation du gage des créanciers, Dross, CLAUSIER, *Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats en droit privé interne*, Litec, 2008, V^o Inaliénabilité.

2) Une utilité discutable pour les débiteurs

24. - Si ces nouvelles perspectives sont à exploiter, en revanche, l'utilité et surtout l'efficacité des clauses d'interdiction d'aliéner nous paraissent très discutables pour les débiteurs.

Ce point mérite d'être précisé, car, à l'heure actuelle, le principal effet recherché lors de l'introduction d'une clause d'inaliénabilité dans les actes à titre gratuit est l'insaisissabilité du bien. En effet, elle découle de l'interdiction d'aliéner⁵⁶ et dans le domaine des actes à titre gratuit, elle bénéficie d'une force considérable⁵⁷. De plus, la jurisprudence considère qu'il est impossible au créancier d'agir par voie oblique⁵⁸ pour demander la levée judiciaire de l'interdiction d'aliéner⁵⁹, par conséquent l'existence d'une telle clause met le débiteur à l'abri de toute mesure d'exécution forcée sur le bien. Ainsi, les clauses d'inaliénabilité sont pour les créanciers « un petit enfer⁶⁰ ».

25. - Il faut se demander si la même solution prévaudra en matière d'actes à titre onéreux. Or, pour les actes à titre gratuit, la Cour de cassation ferme la voie oblique aux créanciers car elle considère que l'autorisation judiciaire d'aliéner est attachée à la personne du gratifié⁶¹. Cette justification,

56) Voir, cependant, contra contestant ce lien : RAYNAUD, « La stipulation d'indisponibilité », PU Clermont-Ferrand – LGDJ, 2003, n° 263.

57) Cass., 1^{er} civ. 9 octobre 1985 : « l'inscription d'hypothèque judiciaire ne tient pas en échec une clause d'inaliénabilité en ce sens qu'elle ne permet pas la saisie tant que cette clause est en vigueur », Bull. civ. I, n° 252 ; RTD civ. 1986, p. 622, obs. J. Patarin – Cass., 1^{er} civ., 15 juin 1994 : Bull. civ. I, no 211, D. 1995, jur., p. 342, note Leborgne ; D. 1995, som., p. 40, obs. Grimaldi ; Defrénois 1995, art. 35967, p. 51, note Savatier ; RTD civ. 1995, p. 666, obs. Patarin, RTD civ. 1995, p. 919, obs. Zénati.

58) Cass. 1^{re} civ., 29 mai 2001 : Bull. civ. I, no 150 ; RTD civ. 2001, p. 644, obs. Patarin ; JCP G 2001, I, no 360, spéc. n° 4, obs. Cabrillac ; RTD civ. 2001, p. 882, obs. Mestre et Fages - solution réaffirmée fermement afin de briser la résistance des juges du fond : Cass. 1^{er} civ., 25 mai 2004 : Defrénois, 2004, p. 1398, note Libchaber ; AJ famille 2004, p. 328, obs. Deis-Beauquesne ; RLDC 2004/8, n° 355, Leandri.

59) Faculté expressément offerte pour les actes à titre gratuit par l'article 900-1 al. 1^{er} du code civil : « le donataire ou le légataire peut être judiciairement autorisé à disposer du bien si l'intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige ».

60) MORTIER, *La nouvelle aire des clauses d'inaliénabilité*, note sous Cass., 1^{er} civ., 31 octobre 2007, JCP N 2008, 1064.

61) Cf. note n° 57.

qui ne fait pas l'unanimité, peut se défendre dans le contexte des libéralités, celles-ci reposant sur des considérations affectives et familiales⁶².

En revanche, à partir du moment, où le contexte est onéreux on ne voit pas ce qui pourrait, dans le régime de l'action oblique, exclure son exercice et empêcher les créanciers de demander la levée de l'interdiction conventionnelle d'aliéner⁶³.

Reste que la levée judiciaire de l'interdiction d'aliéner est prévue par l'article 900-1 du code civil pour les actes à titre gratuit. Le raisonnement présenté (utilisation de cette faculté par voie oblique) suppose donc que le propriétaire d'un bien acquis à titre onéreux ait la possibilité d'invoquer l'article 900-1 du code civil. Or, ce point, s'il n'a pas encore été précisé par la Cour de cassation, nous semble évident. On voit mal comme le propriétaire qui aurait acquis un bien à titre onéreux verrait l'exercice de ses droits de propriétaire davantage encadré que celui qui a acquis à titre gratuit. L'existence de cette faculté pour les libéralités invite a fortiori à son extension pour les actes onéreux⁶⁴.

62) À noter que les dernières décisions rendues sur cette question, tout en maintenant le refus de l'action oblique, semblent insister sur l'existence de ses considérations, qui pourraient ne plus être systématiquement retenues (alors que les arrêts antérieurs en présence d'une libéralité laissaient penser au caractère automatique de la solution) : « Attendu que l'action en autorisation judiciaire d'aliéner, lorsqu'elle est subordonnée à des considérations personnelles d'ordre moral et familial, inhérentes à la donation, est exclusivement attachée à la personne du donataire et ne peut être exercée par son liquidateur », Cass. civ., 4 juillet 2006 (2 arrêts) : Bull. civ I, n° 344 et 345. Comp. Avec Cass, 1ère civ., 25 mai 2004 : Bull. civ. I, n° 149 : « l'action de la donataire était subordonnée à des considérations personnelles d'ordre moral et familial inhérentes à la donation, cette action était exclusivement attachée à sa personne, de sorte qu'elle ne pouvait être exercée par la banque créancière ».

63) Voir, cependant, contra MORTIER, *La nouvelle aire des clauses d'inaliénabilité*, note sous Cass., 1^{er} civ., 31 octobre 2007, JCP N 2008, 1064 : l'auteur avance que la marge de négociation étant plus grande dans un contrat onéreux que dans un acte à titre gratuit, la clause d'aliénabilité ayant donc certainement eu un prix, il ne convient pas d'accepter sa remise en cause.

64) Voir, cependant, contra MORTIER, *La nouvelle aire des clauses d'inaliénabilité*, note sous Cass., 1^{er} civ., 31 octobre 2007, JCP N 2008, 1064 : l'auteur avance que la marge de négociation étant plus grande dans un contrat onéreux que dans un acte à titre gratuit, la clause d'aliénabilité a donc certainement eu un prix, et que par conséquent il ne convient pas d'accepter sa remise en cause. S'il est vrai que cette clause fera certainement l'objet d'une négociation entre les parties, cette négociation (et plus précisément la discussion portant sur l'évaluation de cette prérogative) peut parfaitement intégrer la fragilité d'une telle stipulation. Aussi, l'argument ne nous paraît pas convaincant.

Par conséquent, il faut sans doute tempérer la portée de la solution rendue par la Cour de cassation en octobre 2007. En l'espèce, elle a considéré qu'une partie du bien était insaisissable, mais cette réponse ne vaut que pour la saisie directement entreprise par le créancier. Son action oblique en levée de l'inaliénabilité connaîtra peut-être un sort plus enviable.

B) Un changement de finalité des clauses dans les actes à titre gratuit ?

26. - Nous ne reviendrons pas sur le régime des clauses d'interdiction d'aliéner dans les actes à titre gratuit, car ce régime est stabilisé notamment grâce à la reprise par le législateur, en 1971, des solutions équilibrées que la jurisprudence avait bâties depuis la fin du 19^e siècle⁶⁵. Le seul point marquant de cette évolution a déjà été signalé : le refus de la Cour de cassation d'autoriser l'action oblique des créanciers afin de demander la levée judiciaire de la clause et la force de la protection qui en résulte.

27. - Notre propos sera davantage sociologique et sans doute un peu approximatif, car les données statistiques manquent en ce domaine⁶⁶. La seule partie émergée de l'iceberg est le contentieux. Or, la répartition des décisions a évolué à partir des années 1990. Antérieurement à cette date, les décisions relatives aux clauses d'inaliénabilité se prononçaient sur des actions à l'initiative du propriétaire souhaitant contester la validité de la clause ou mettre fin à ses effets. Aujourd'hui, le contentieux est essentiellement introduit par des créanciers qui entendent contester les critères de validité et principalement l'existence d'un intérêt légitime.

L'objectif des gratifiants semble donc avoir évolué, il ne paraît plus être la conservation d'un bien précis dans la famille, en contraignant le gratifié. La finalité est, sans doute, aujourd'hui de protéger le gratifié, le plus souvent à son initiative, contre ses créanciers.

La pratique rejoint ici la préoccupation du législateur et l'on peut se demander comment l'assèchement du crédit n'est pas encore plus flagrant.

65) Article 900-1 du code civil.

66) Il est, cependant, significatif que ces clauses soient citées comme technique d'organisation patrimoniale de la protection des dirigeants de sociétés, voir, en ce sens, PRIEUR, « La responsabilité des dirigeants : quelle protection ?, Le rôle de l'organisation patrimoniale », JCP E 2009, 1224, l'auteur constatant au n° 11 « les clauses d'inaliénabilité sont fréquentes dans la vie des affaires ».